

Il codice dei contratti tra attuazione e correzione: note in corso d'opera

di Pierluigi Mantini

Ci si interroga da qualche tempo circa le sorti del nuovo codice dei contratti pubblici ossia se esso debba essere riformato alla luce dei due anni di esperienza o, viceversa, debba essere più decisamente attuato.

La raggiunta, piena funzionalità dell'assetto di governo consentirà tra breve di comprendere meglio le intenzioni e le indicazioni per il futuro ma alcuni elementi possono ritenersi già relativamente chiari.

Le analisi più recenti, in primo luogo dell'ANAC, ma anche di fonte giornalistica (si veda il *Dataroom* di Milena Gabanelli in *Corsera* 19 giugno 2018), evidenziano luci ed ombre ma sembrano anche convergere nella generale conclusione secondo cui il codice ha realizzato progressi che sarebbe sbagliato rimettere in discussione con la " italica mania " della riscrittura normativa che destabilizza e confonde.

Tuttavia, vi sono dei nodi aperti, problematici, che sarebbe altrettanto sbagliato non considerare.

Le prime dichiarazioni ufficiali del premier Giuseppe Conte e del nuovo ministro Toninelli sembrano esprimere, con cautela, questa consapevolezza.

La materia della disciplina dei contratti pubblici è molto delicata e decisiva per ragioni ben note che riguardano l'economia (il *public procurement* in Italia è circa il 16 per cento del PIL), la dotazione di infrastrutture essenziale per la competitività del paese, valori fondamentali quali la concorrenza, l'efficienza dei mercati, la semplificazione amministrativa e, naturalmente, la legalità ed il contrasto dei fenomeni corruttivi e di infiltrazione mafiosa.

In questo *Osservatorio* abbiamo sin qui dato conto delle soluzioni tecniche e giuridiche, della giurisprudenza rilevante, delle evoluzioni della *soft law*, del dibattito dottrinario e delle opinioni.

Si tratta ora di prendere posizione, *in limine* ed in punta di piedi, sulle prospettive attuali.

Iniziamo a farlo con tre scritti che sottolineano temi cruciali dell'attuale momento.

Il primo, è costituito dall' *Introduzione* alla monumentale opera di Rosanna De Nictolis (*I nuovi appalti pubblici*, Zanichelli, 2018), un inedito nella letteratura giuridica di settore per sistematicità, completezza delle fonti e profondità critica, che meglio non potrebbe riassumere il quadro della storia recente, delle luci e delle ombre, evidenziando con il dovuto disincanto le perplessità sul successo della *soft law* affidata all'ANAC.

Per onestà intellettuale questo punto non è più eludibile, anche per il nuovo legislatore.

Sulla natura giuridica delle linee guida si è scritto molto ed è un fatto che esse siano state l'occasione per una proficua collaborazione tra ANAC e Consiglio di Stato, anche al di là di quanto per legge prescritto.

Ma, sul piano pratico, è anche vero che la maggior parte degli operatori delle stazioni appaltanti non ha le idee chiare sul valore prescrittivo e vincolante di esse o "parti di esse", finendo per sovrapporre o confondere " generi letterari " diversi, con un disagio non sempre giustificabile, ma diffuso e fondato.

In altri termini, sembra di poter dire che, in una pluralità di questioni, le linee guida "frenano" più che guidare con speditezza l'azione.

A ciò si aggiungono i timori causati dagli effetti, e dalle responsabilità, per un eventuale discostamento o disapplicazione.

Un chiarimento definitivo è necessario. Si ha l'impressione che, ove la Linea guida abbia valore regolamentare, si possa tornare al linguaggio sintetico tipico della tradizionale prescrizione normativa, che " parla la stessa lingua " del contesto normativo in cui si inserisce mentre, nel caso

proprio della Linea guida di indirizzo amministrativo, essa possa esprimersi nel linguaggio più discorsivo che accompagna ed esplica gli obiettivi dell'azione amministrativa.

Naturalmente, il problema non è solo formale e non riguarda solo la *soft law* ma il ruolo stesso dell'ANAC che è prezioso ed essenziale ma, come denunciato dallo stesso presidente Cantone, anche nel tempo ipertrofico per il sommarsi di numerose funzioni e compiti (da ultimo, anche sulla vigilanza bancaria).

Anche qui siamo ad un bivio: se rafforzare e implementare le strutture esistenti, come si sta facendo, o riconsiderare in particolare la *governance* dei contratti pubblici, potenziando il ruolo della Cabina di regia, organismo previsto dal diritto europeo, presso il governo.

Si intreccia, con questa riflessione sugli assetti organizzativi e istituzionali, anche un tema più propriamente giuridico che è quello ben messo in luce da Maurizio Cafagno nel puntuale scritto, di seguito pubblicato, sull'"amministrazione difensiva".

Cosa accade, in sostanza?

Accade che la filiera dei controlli e delle responsabilità è oggi palesemente orientata sulla condotta dei funzionari delle stazioni appaltanti che sono chiamati a rispondere, dinanzi ad un complesso sistema istituzionale (Anac, Corte dei conti, giudice penale, giudice amministrativo) e dinanzi all'opinione pubblica, del loro quotidiano agire, di violazioni anche formali, degli scostamenti interpretativi, dell'uso della discrezionalità amministrativa.

La stessa responsabilità per danno erariale è "misurata" alla luce di questa filiera procedimentale, corroborata da una certa "cultura del sospetto" e non, invece, sull'economicità e l'efficienza del risultato finale.

Ne deriva, non solo a giudizio dell'Autore, un approccio operativo tipico della "amministrazione difensiva", teso cioè a preservare il funzionario agente dai possibili "guai" derivanti dalla sua attività.

Da qui il diffuso fenomeno ormai noto come "fuga dalle responsabilità" o "paura della firma" che intralcia ed ostacola la speditezza dell'azione amministrativa in materia di opere pubbliche, ma anche di affidamenti di servizi, e l'ipertrofia dei meccanismi che tendono a *desoggettivizzare* l'attività in materia (si badi, anche con meccanismi tesi a neutralizzare l'onere della decisione come i sorteggi, le rotazioni, gli albi o elenchi ristretti..).

Occorre inoltre non trascurare che questa dinamica non è alimentata solo verticalmente, ossia attraverso l'esercizio del controllo *top down* da parte degli organi preposti, ma anche, per così dire, dal basso, ossia dagli stessi attori (gli operatori economici) che partecipano al gioco della concorrenza e perseguono i propri interessi denunciando vizi formali e irregolarità vere, presunte o strumentali, generando contenzioso e rallentando l'azione amministrativa.

Solo incidentalmente, si deve notare che i benefici introdotti dall'istituto del soccorso istruttorio e dalla giurisprudenza "antiformalistica" sono ancora relativi.

Da questo quadro, che ha peraltro generato un cospicuo "diritto amministrativo punitivo" fondato sull'emblema della prevenzione, si dovrebbero ricavare numerosi elementi di riflessione, ma il principale di essi è senza dubbio costituito dal depotenziamento o, ad usar un'espressione forte, dalla "quasi criminalizzazione" della nozione di discrezionalità amministrativa, che invece è necessaria e coesistente nelle scelte pubbliche basate su valutazioni talvolta anche assai complesse.

Nello scritto di Cafagno, basato su dati statistici, si evidenzia l'enorme distanza dell'Italia dagli altri paesi europei in tema di utilizzo del dialogo competitivo e dei contratti di PPP, per quanto in relativa crescita anche in Italia.

Ma il problema è assai più complesso e riaffiora per intero anche nei diversi tentativi di parametrizzare la discrezionalità nelle procedure semplificate sotto soglia o di limitare, oltre i confini tracciati dal diritto comunitario, l'istituto del subappalto (su cui pende la questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, vedi *Osservatorio* n. 15 *ndr*).

Il tema, è ben chiaro, risulta di enorme portata per le sue implicazioni, e riguarda non solo la materia dei contratti pubblici, ma lo stesso modo di essere (e di essere percepite) delle amministrazioni pubbliche nella scena istituzionale e sociale. Il mito della legge chiara che riduce la discrezionalità, che fu uno dei “tre rimedi” indicati da Silvio Spaventa, fino quasi ad annullarla e a ridurre il funzionario a mero *nuncius* di essa, quasi in analogia con il giudice, appartiene ad un retaggio illuminista assai lontano e desueto.

“Conoscere per decidere”: l’antico motto ci riconduce al tema della qualità dei soggetti decisori, ossia alla necessaria qualificazione e riduzione del numero delle stazioni appaltanti in Italia, pur prevista dal Codice, che è rimasta finora largamente inattuata pur essendo decisiva (come predicato già da Massimo Severo Giannini nel suo *Rapporto sui principali problemi dello Stato*, 1978).

D’altro canto, un motivo di speranza ci proviene dalle tendenze volte a riaffermare il principio sostanziale del *diritto amministrativo paritario* anche nella materia dei contratti pubblici. La recente decisione dell’Adunanza plenaria n. 5 del 2018, oggetto del puntuale e approfondito commento di Valentina Sessa, ci restituisce appieno la prospettiva di un diritto amministrativo non autoritario ma basato sui principi del diritto comune, della buona fede e dell’equità e ciò, a ben vedere, anche in senso antiformalistico.

Le implicazioni della decisione sono molte e dovranno essere assorbite dai giudici del primo grado, secondo il principio di nomofilachia.

La Relazione annuale dell’Anac, presentata di seguito, dà conto dell’enorme mole di attività lodevolmente svolta in più campi. In materia di contratti pubblici, sono molti i rilievi e i dati interessanti e, tra questi, anche quelli riguardanti il precontenzioso, che confermano l’inadeguatezza del sistema vigente, basato sulla “doppia sfiducia” nei confronti delle risoluzioni alternative delle controversie sia pubbliche (ADR, mediazione, etc..) che private (arbitrati), che finisce ancora per riversare sul giudice amministrativo, nonostante le buone misure di accelerazione, il peso delle controversie e del controllo.

Per ragioni comprensibili, tanto più all’esordio di una nuova legislatura e di un nuovo governo, la Relazione non si sofferma sulle criticità più profonde e sulle soluzioni possibili.

Il dibattito è davvero aperto ma ogni iniziativa risulterebbe illusoria se, cedendo ai pericolosi miti declamatori, finisse per eludere le più sostanziose questioni di fondo.